

PROCESSO Nº 07222/2023-0

GABINETE CONSELHEIRO SUBSTITUTO ITACIR TODERO

DESPACHO SINGULAR

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pelo representante legal da Empresa Clezinaldo S. de Almeida Construções, com o intuito de verificar irregularidades na Concorrência Pública nº 12.12.01/2022/2023, da Secretaria de Educação Básica de Tabuleiro do Norte, que tem por objeto a construção de 01 (um) espaço educativo com 12 (doze) salas de aula, no distrito de Olho d'água da bica, no valor estimado de R\$ 6.272.118,79 (seis milhões, duzentos e setenta e dois mil, cento e dezoito reais e setenta e nove centavos).

Aduziu a representante não ser legal a exigência de atestados de experiência anterior para comprovar a capacidade técnica operacional, especialmente os registrados nas entidades de classe, como o CREA. Destacou, ainda, que a empresa impetrante foi declarada inabilitada por não possuir os referidos atestados, não podendo participar da segunda fase do processo, que é a abertura dos envelopes das propostas de preço, marcada para 06/03/2023.

A empresa informou, outrossim, que impugnou administrativamente o edital, tendo a administração negado provimento, mantendo a sua inabilitação.

Por meio do Despacho Singular nº 1702/2023, procedi ao exame de admissibilidade, entendendo admissível a presente Representação, em face do disposto no art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/93, e encaminhei o feito à Assessoria de Instrução de Cautelares para análise da matéria, em especial quanto ao recurso administrativo e ao pedido de medida cautelar, com manifestação conclusiva quanto aos pressupostos ensejadores do pedido.

A unidade técnica, por meio do Relatório de Instrução nº 1311/2023, manifestou-se pela admissibilidade da presente Representação, caracterização da fumaça do bom direito em razão da exigência, no item 4.3.2 do edital, de a empresa possuir atestado ou certidão de responsabilidade técnica, com o respectivo acervo expedido pelo CREA, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, ferindo o disposto no art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993, mas pela não caracterização do perigo da demora, por entender que não foi identificado restrição à competitividade pela impropriedade detectada no item 4.3.2 do edital.

Empós esse breve relatório, venho tecer minhas considerações.

De antemão, entendo que assiste razão à unidade técnica quanto à presença da fumaça do bom direito, por entender ser ilegal a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional por meio de atestados ou certidões de experiência anterior.

Considerando a aprimorada explanação do corpo instrutivo, abstenho-me de trazer novas argumentações e decisões sobre a matéria e incorporo-a às minhas razões de decidir, citando-a a seguir:

19. Segundo Marçal Justen Filho, os atestados de qualificação técnico-operacional visam comprovar que "a empresa, como unidade jurídica e econômica, participou anteriormente

de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública”¹.

20. A qualificação técnico-operacional abrange a experiência e atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho das atividades empresariais para executar os serviços. A qualificação técnica é disciplinada no art. 30 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 30 A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente **registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:**

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; **(grifos nossos)**

21. Conforme o exposto, o supracitado artigo limita a exigência de atestados devidamente registrados nas entidades profissionais à capacitação técnico-profissional.

22. A Certidão de Acervo Técnico - CAT de uma empresa, conforme Resolução CONFEA nº 317/86 em seu artigo 4º, é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais de seu quadro técnico, ou seja, só há como comprovar a sua habilitação técnica diante da habilitação dos profissionais vinculados à empresa conforme a citada Resolução:

RESOLUÇÃO CONFEA Nº 317/86

Art. 1º - Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Art. 2º - Fica instituído nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREAs, a partir da data de publicação desta Resolução, o Registro de Acervo Técnico - RAT - dos profissionais devidamente registrados e em dia com as suas anuidades.

(...)

Art. 4º - O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais do seu quadro técnico e de seus consultores técnicos devidamente contratados. (grifo nosso)

23. Como a atuação das pessoas jurídicas depende da presença de profissionais habilitados, os quais são indicados como responsáveis técnicos pela execução das obras e serviços de engenharia, tem-se como razoável e pertinente que a exigência do registro dos atestados junto ao CREA se restrinja à qualificação técnico-profissional. Assim, os atestados referentes à qualificação técnico-operacional, como visam apenas a demonstrar que a

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 421

pessoa jurídica já atuou em objeto semelhante ao pretendido pela Administração, basta a sua apresentação, sendo dispensável o seu registro perante os conselhos profissionais.

24. É importante destacar que o CREA não emitirá CAT em nome da pessoa jurídica contratada para prova de capacidade técnico-operacional por falta de dispositivo legal que o autorize a fazê-lo. Nessa temática o TCU já exarou Acórdão no seguinte sentido:

Acórdão nº. 128/2012 – 2ª Câmara

Trecho do Acórdão:

1.7. Recomendar à UFRJ que exclua dos editais para contratação de empresa para a execução de obra de engenharia a exigência de registro no CREA dos atestados para comprovação da capacitação técnica operacional das licitantes, tendo em conta a recomendação inserta no subitem 1.3 do Capítulo IV combinado com o subitem 1.5.2 do Capítulo III do Manual de Procedimentos Operacionais para aplicação da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, aprovado pela Decisão Normativa CONFEA nº 085/2011.

25. Conclui-se que o atestado técnico-operacional é uma declaração fornecida pelo contratante da obra ou serviço, pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, sem necessidade de registro nos conselhos profissionais, que serve para atestar a execução de obra ou a prestação de serviço e identificar seus elementos quantitativos e qualitativos, o local e o período de execução, os responsáveis técnicos envolvidos e as atividades técnicas executadas.

Da leitura da instrução técnica, resta claro que não se mostra razoável a exigência de atestados registrados nas entidades de classe com o fito de comprovar a capacidade técnica operacional de empresas licitantes.

Por outro lado, entendo pertinente destacar que não corroboro os argumentos da unidade técnica de não restar caracterizado o perigo da demora. Explico.

A unidade técnica observou, ao consultar a Ata de Análise dos Documentos de Habilitação, que 04 (quatro) empresas foram habilitadas e 11 (onze) inabilitadas para o certame em liça, sendo 08 (oito) por descumprimento do item 4.3.2 do edital, ora questionado pela representante. Ponderou, todavia, que nenhuma destas 08 (oito) empresas foi inabilitada por descumprimento exclusivo do item 4.3.2 do edital. Todas apresentaram outras impropriedades em suas documentações, inclusive a representante que também descumpriu os itens 4.3.3 e 4.3.4 'b'.

Nesse contexto, o corpo instrutivo defendeu não ter havido restrição à competitividade, haja vista que, mesmo que o item 4.3.2 do edital não tivesse sido incluído no edital, todas essas 08 empresas seriam inabilitadas.

Embora entenda a intenção e cuidado do órgão técnico de analisar se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame, venho discordar da sua conclusão.

A meu ver, o fato de 08 empresas, dentre 11, terem sido desclassificadas por não atenderem ao item 4.3.2 do edital escancarou o potencial restritivo da cláusula, independente das outras variáveis alegadas pelo órgão técnico. Inclusive, entendo que pode ter comprometido a participação de potenciais interessados no certame.

Assim, considerando que o perigo da demora ocorre quando houver perigo de dano ao patrimônio público ou risco ao resultado útil do processo, caso não seja concedida a tutela acautelatória, e que a abertura dos envelopes ocorreu em 06/03/2023, resta demonstrada a urgência do caso.

Nesses termos, com supedâneo nos fundamentos da unidade técnica e os aqui expostos, entendo presente o requisito da **fumaça do bom direito** configurada na exigência, no item 4.3.2 do edital, de a empresa possuir atestado ou certidão de responsabilidade técnica, com o respectivo acervo expedido pelo Crea, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, ferindo o disposto no art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Também, entendo restar presente o **perigo da demora** em face da sessão de abertura das propostas ter ocorrido em 06/03/2023, estando pendente a homologação do certame, conforme informações do Portal de Licitações dos Municípios, bem como que não restou demonstrado nos autos risco de **perigo da demora em reverso**.

Ante o exposto, considerando as razões de fato e de direitos apontadas na presente Representação, **manifesto-me** no sentido de:

1) deferir a medida cautelar pleiteada, com fulcro no art. 16 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, por entender presentes seus requisitos autorizadores, determinando à Sra. Irinéia Olímpio de Souza, ordenadora de despesas, que adote as providências no sentido de suspender a Concorrência Pública nº 12.12.01/2022/2023, na fase em que se encontra, abstendo-se de adjudicar/homologar e efetuar a contratação e repasse de recursos, até ulterior decisão plenária sobre o mérito da matéria; e

2) remeter os presentes autos à Gerência de Comunicações Oficiais para providências de audiência dos Srs. Antônio Jean da Silva, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, e Irinéia Olímpio de Souza, ordenadora de despesas, para que, no prazo de **20 (vinte) dias úteis, encaminhem cópia do procedimento licitatório em exame** e apresentem justificativas complementares para análise de mérito da matéria, se assim o desejarem.

Outrossim, seja comunicado aos interessados que o não atendimento a prazo assinado por este Tribunal, sem causa justificada, pode resultar-lhes na multa disposta no art. 62, V, da Lei Estadual nº 12.509/95.

Em seguida, restando comprovada a ciência dos interessados, em havendo a apresentação de justificativas ou na ausência destas, remetam-se os presentes autos à Assessoria de Instrução de Cautelares para análise da matéria. Ademais, em caso de revogação/anulação do certame, manifeste-se quanto ao mérito, pela procedência/improcedência do feito, concluindo quanto à irregularidade dos fatos apontados, com a expedição de determinações, quando necessárias, a fim de evitar a repetição das irregularidades em procedimentos futuros.

Fortaleza, 20 de março de 2023.

Itacir Todero
Conselheiro Substituto
Relator